

《論  
説》

## 共謀共同正犯の「正犯性」・「共犯性」に関する一考察（二）

——「共同意思関係説」の検討——

関  
哲  
夫

## 一 序——本稿の課題——

## 二 共犯性説

## 1 はじめに

## 2 共同意思主体説（以上、國土館法學35号）

## 3 共同意思関係説

## (1) はしがき

## (2) 内 容

## (3) 特 徴

## (4) 小 括（以上、本号）

## 二 共犯性説（承前）

## (1) 3 共同意思関係説

## (1) はしがき

共謀共同正犯の「正犯性」・「共犯性」に関する一考察（二）（関 哲夫）

共謀共同正犯を含めて共同正犯は狭義の共犯と同様の意味において「共犯」であるとする見解を「共犯性説」と呼ぶならば、この共犯性説に属する見解としては、前稿<sup>(1)</sup>で検討した共同意思主体説と、本稿で検討しようとする「共同意思関係説」とが存在する。

学説の分類において、西原春夫氏の見解は共同意思主体説に分類されるのが一般的である。<sup>(2)</sup>しかし、西原氏の見解は、団体責任の原理を正面から承認する本来の意味での共同意思主体説ではなく、修正された個人責任の法理を志向する見解と解することができる。西原氏自身も、一九八九年一〇月に開催された日本刑法学会東京部会での共同研究「共謀共同正犯理論の総合的研究」における討論の中で、「私としては、自分で私を共同意思主体説の中に入れてはおりません。」<sup>(3)</sup>と発言しており、西原氏の見解を共同意思主体説に分類するのは正確さを欠くと思われる。

そこで、本稿においては、西原氏の見解を「共同意思関係説」と名づけ、共同意思主体説と区別することにした。この点は、西原氏の見解を検討する中で明らかになるであろう。

西原春夫氏が共謀共同正犯について論じた主な論文・著書は、古い順に、齊藤金作博士の還暦祝賀論文集『現代の共犯理論』（一九六四年）に寄稿した「共同正犯における犯罪の実行」、<sup>(4)</sup>中義勝編集『論争刑法』（一九七六年）において、共謀共同正犯否認論の立場の米田泰邦氏と論争する形で共謀共同正犯是認論の立場から論述した「共謀共同正犯」、<sup>(5)</sup>体系書である『刑法総論』（一九七七年）、<sup>(6)</sup>一九七七年六月に裁判所書記官研修所養成部において行った講演の速記録に加筆・補訂した「共謀共同正犯について」（一九七九年）、<sup>(7)</sup>また、一九八九年一〇月に開催された日本刑法学会東京部会での共同研究「共謀共同正犯理論の総合的研究」での討論における西原氏の発言が収録されている「討論の経緯」（一九九一年）、<sup>(8)</sup>さらに、先の『刑法総論』（一九七七年）の改訂準備版として刊行された『刑法総論下巻』（一九九三年）、<sup>(9)</sup>そして、いわゆるスワット拳銃所持事件に関する二〇〇五年（平成一七年）の最高裁決定を批判的に

検討した「憂慮すべき最近の共謀共同正犯実務——最高裁平成一七年一月二九日第一小法廷判決を中心に——」

(二〇〇六年)<sup>(10)</sup>がある。

以下に紹介・引用する西原氏の論述は、言うまでもないことであるが、一九六〇年代・一九七〇年代当時の学説状況を前提とした論述であることを念頭におく必要がある。すなわち、第二次世界大戦前・後を通じて判例が共謀共同正犯の可罰性を一貫して肯定する中で、判例理論を支持する学説は共同意思主体説のみであり、肯定説もわずかに行為支配説・間接正犯類似説が主張されていたにすぎない状態であって、圧倒的に支配的であったのは共謀共同正犯否認論であったという学説状況を前提とした論述であることを念頭におく必要があるのである。西原氏は、先の論文「共謀共同正犯」の中で、当時(一九七〇年代)の学説の状況について、次のように論述している。

通説は、刑法六〇条の解釈として、「共同正犯が成立するためには共同者の各人が少なくとも実行行為の一部を実現することが必要であるとし、共同正犯を実行共同正犯のみに限定しよう」とし、共謀共同正犯否認論を採っている<sup>(11)</sup>。これに対し、「判例および少数説は、共同正犯が成立するためには二人以上の者が共同して犯罪を實現したとみられる事実があればよく、したがって必ずしも共同者の各人が実行行為の一部を實現する必要はなく、単に共謀に参加したにすぎない者も、また単に見張りを行なったにすぎない者も、場合によっては共同正犯たりうるとする。すなわち、共同正犯を実行共同正犯のみに限定せず、共謀共同正犯をも含むものと解するのである」<sup>(12)</sup>。しかも、共謀共同正犯は認論は、「学説による十分な理論的基礎づけをまたずに判例の中に自然発生的に生じたものであり、しかもこれを支持する学説がきわめて少数説であったため、通説の立場(以下「否認論」と略称)から熾烈な総攻撃を受けるにいたった。けれども、その攻撃は今日まで遂に成功を見ることなく、判例は厳として是認論をとって動かず、むしろ最近では、学説の中に賛同者を増しているのが実情である」<sup>(13)</sup>。

以下では、西原春夫氏の論文「共同正犯における犯罪の実行」<sup>(14)</sup>及び「共謀共同正犯」<sup>(15)</sup>を中心に、西原氏の論述するところを一人称の形で紹介していくことにするが、その際、共同意思主体説との異同を明確にするために、西原氏の論述するところをやや詳細に紹介していくことをお許し願いたい。

## (2) 内容

① 共犯現象と個人責任 「社会生活における人間の行動様式は、決して、他人の行為から独立した孤立的な行為のみから成り立っているのではない。自分の行為が様々の形で他人の行為にかかわりあい、また自分と他人とが大の集団を形成し、集団の活動の一環として自分の行為を展開する場合がある。このような場合の人間の行為は、単独で行った場合のそれとは異なり、他人の行為との関連で特殊な意味を持ち、人間の責任は、そのように意味づけられたものとしての行為について課されることになる。したがって、近代刑法の原理においても、具体的には他人の行った行為についてまで責任を負うということもありうるのであって、それは決して個人責任の原理に反するものではない。ただそこに、単独犯の場合とくらべ、団体責任原理的な修正が加えられていることは否定することはできない。」そして、「刑法が、どのような態様で他人の行為とかかわり合った行為をとり上げ、それにどの程度の意味を付与するかは、立法政策の問題である」<sup>(16)</sup>。

② 共犯の二重構造と共犯責任の二元性 「共同正犯には単独犯の法理をそのまま用いることができず、一種の団体責任の原理か、あるいは修正された個人責任の原理かのいずれかしが適用しえない」<sup>(17)</sup>。このような責任原理は、共同正犯だけでなく、共同正犯以外の共犯形式である教唆犯・従犯にも常に付着するものであり、例えば教唆犯は、「まさに人を教唆して犯罪を実行させるという二重構造を持つ犯罪であり、自己の『実行行為』にもとづく犯罪でもなければ、自己の『教唆行為』のみにもとづく犯罪でもない。このような教唆犯の責任の基礎の二元性が、すでに単

独犯の法理を超えたものであり、純粹の個人責任の原理から逸脱したものであることは明らかであろう。これは、共犯に特有の性質であって、共犯の一種である共同正犯についてもあてはまる。共同正犯は、まさに共犯であって、この認識なくして共同正犯の責任の基礎を正しく理解することはできない。<sup>(18)</sup>その意味で、共犯である共同正犯の「責任の基礎に単独犯と同様な正犯的特徴を要求する必要はない」のであり、「各共同者の行為が個別的に観察した場合に実行行為の一部にあたるかどうか、つまり構成要件に該当するかどうかは本質的でない」のである。<sup>(19)</sup>

③ 共同意思主体説と全体的考察方法 「共犯を解して、特殊な社会的心理的現象である共同意思主体の活動で

あるとする」共同意思主体説によれば、「異心別体である二人以上の者が一定の犯罪を実現しようという共同目的の下に合一したときそこに共同意思主体が形成され、その共同意思主体中の一人以上が共同目的のもとに犯罪を実行したとき、そこに共同意思主体の活動が認められ、これによって共同意思主体を形成する全員につき共犯が成立する。

そして、各人は、共同意思主体の活動への寄与の仕方いかんによって、共同正犯、教唆犯、従犯のいずれかの責任を負うこととされる。<sup>(20)</sup>この点、「本書は、共同意思主体的な考え方は、積極的に、共同正犯の場合に実行行為の一部しか行わない者がなぜ実行行為の全部について責任を負うか（一部行為の全部責任の法理）の問題や、教唆犯がなぜ教唆行為しか行わないのに『正犯二準ス』るものとされるかの問題、さらには共犯従属性の本質などをもっとも適確に説明しうる見解であると考え、——創唱者草野判事の所説に全面的に従うわけではないが——基本的にこれを支持する。<sup>(21)</sup>しかしながら、「共謀共同正犯は、別に共同意思主体説のような理論構成を持ち出さなくとも、通説の立場に立ちつつこれを共同正犯の一種に数えることができるのである。ただ共同意思主体説は、共同正犯における実行行為の主体を『甲乙二人』という超個人的なもの（共同意思主体）とし、その活動の成果たる実行行為を措定した上で、その実現に対する各人の寄与を責任の基礎としたその考え方が、犯罪共同説の必ずしも自覚しえなかった全体的考察

方法を明らかにした点で、学説史的意義を有するにとどまる。<sup>(22)</sup>

④ 共同正犯における実行行為の主体 従来の通説であった共謀共同正犯否認論は、「共同正犯が成立するためには、各共同正犯者がそれぞれ実行行為の少なくとも一部を実現することを要求する点において一致している。」<sup>(23)</sup>しかし、「共謀共同正犯を是認する程度の個人責任原理の修正は、現行刑法の体系内においては是認されているところであり、是認論が個人責任の原理に反するとの批判は、それだけでも根拠のないもの」である。<sup>(24)</sup>

例えば、甲乙二人が強盗を共謀して甲は暴行を行ない、乙は財物奪取を行なった場合、強盗という実行行為を行なった主体は誰であるかについて、第一に、「甲も乙もそれぞれ強盗の実行行為を行なったとする見解」があり、第二に、「甲乙二人が強盗の実行行為を行なったとする見解」がある。<sup>(25)</sup> 共謀共同正犯否認論を採っていた従来の通説は、「形式的な構成要件該当性」から出発するのであるから、第一の見解のように、「甲の行なった暴行という行為そのものを強盗の実行行為とみるわけにはいかない」はずで、むしろ、「積極的に、甲の暴行は強盗という実行行為の一部であり、甲は実行行為の一部を分担したにすぎない」とするのであって、その点からすれば、通説は、やはり第二の見解、すなわち強盗という実行行為を行なったのは「甲乙二人」であるとする見解に立脚していることになる。<sup>(26)</sup> 換言すれば、「強盗という実行行為」を想定するからこそ、甲の行為は「単なる暴行の実行行為」ではなくて「強盗の実行行為の一部実現」といえるのであって、通説にとっても、その「実行行為の主体」は「甲乙二人」以外にはありえない。<sup>(27)</sup> そして、「強盗における実行行為の实体」、すなわち「ここにいう『甲乙二人の行なった実行行為』というものの实体」が、「甲の行為と乙の行為との機械的算数的総和でないことはいうまでもない」ことであり、「甲の暴行と乙の財物奪取とは、事実的のみならず、法的にも相互に補足しあって、一つの強盗という実行行為まで総合されるのである。それは、まさに『甲乙二人』の実行行為でなければならない。そして、そこにある実行行為の主体は、甲乙二

人の物理的存在ではなく、すでに法律上意味ある人的結合にほかならない。この人的結合は、すでに自然人の概念を超えた社会的存在であって、通説の立場においても、これを予定せずには強盜の実行行為の主体、したがって強盜の実行行為そのものをも論じえないわけである。<sup>(28)</sup>

⑤ 個人責任の原理と現行刑法 刑法において、通常、「各個人はその犯した犯罪についてのみ責任を負い、他人の犯した犯罪について責任を負担することはない」という意味に理解することができる個人責任の原理は、「近代刑法学上確立された原理と考えることができる」<sup>(29)</sup>のであり、その意味で、実に「歴史的な性格」を有しており、いわば責任主義の一態様として「近代刑法学上の大原則」、「近代刑法学上確立された原理」と考えられる。<sup>(30)</sup>

しかし、例えば、「現行刑法の共犯規定が教唆犯・従犯の可罰性につき、正犯すなわち実行行為の存在を前提としていることは、通説の認めるところである」が、「もし個人責任の原理を、自己の行為のみに対する責任というように狭い意味に理解しようとするならば、このような共犯従属性の思想は否定され、教唆者は、その行なった教唆行為そのもののみにとづいて、または間接正犯と同じく自己の実行行為にもとづいて責任を負う、というように理解されるほかはない」<sup>(31)</sup>とすれば、結局、「教唆犯・従犯の責任は、もはや純粹の個人責任の原理に立脚したものとはいえない」<sup>(32)</sup>のである。すなわち、「通説のいう個人責任の原理というのは、そのような単独正犯の場合にのみ維持できる純粹の意味の個人責任の原理ばかりでなくて、言わば修正された個人責任の原理も含むと解さざるを得ない」のであり、もし「個人責任の原理は純然たる意味の個人責任の原理で説明したというのであれば、もはや共犯従属性説はとれない」<sup>(33)</sup>のである。さらに、「刑法各則における内乱罪・騒擾罪（現行刑法の「騒乱罪」——括弧内引用者）の首魁（現行刑法の「首謀者」——括弧内引用者）や謀議参与者（内乱罪のみ）の責任」についても、通説・判例のように、首魁や謀議参与者がさらに直接実行行為に関与することは必要でないと解する場合には、「現行法の認める個人

責任の原理を狭い純粹の意味に理解することができなくなるのみか、さらに、すすんで、現行法が個人責任の原理を貫徹しているかどうかにつき、大きな疑問が生じてくることになる。ただし、首魁や謀議参与者の行為は、刑法各則の中に構成要件として掲げられておらず、明らかに内乱・騒擾の実行行為そのものとは異なるにもかかわらず可罰的とされ、そののみか、直接実行行為に参与した者よりも重く処罰されている」からである。<sup>(34)</sup> このような「首魁や謀議参与者の行為は全体的に考察してみると犯罪の実現に対してむしろ実行担当者よりも重要な役割を演じたものと考え、そのような個人の行為の意義に着眼して重い責任を負わせたのだと解するならば、その責任は依然として個人責任の原理に立脚したもの」と解することができるのである。<sup>(35)</sup> 反対に、「両罪は特殊な集団犯罪であるから、端的に個人責任の原理の修正である団体責任の原理によって律せられたものであると解し、首魁や謀議参与者はそのような団体責任の範囲内で他人の行なった行為について責任を負ったもの」と考えることも可能であり、その両者のいずれの立場をとるべきかは、まさに「言葉の問題」に帰着するのである。<sup>(36)</sup>

結局のところ、「現行法の体系が個人責任の原理によって貫徹されていないとすれば、または少なくとも狭い純粹の意味での個人責任の原理によって貫かれていないとすれば、共同正犯の理論もまた、必ずしもそのような個人責任の原理によって支持される必要はないことになる」のであって、共謀共同正犯否認論を主張する通説の共同正犯論が、「個人責任の原理にもとづいて展開されているようにみえて、実は団体責任的なものの承認に至らざるをえないとしても、それは現行法の体系と矛盾するものとは思われない」のである。<sup>(37)</sup>

⑥ 一部行為の全部責任の法理<sup>(38)</sup> 一部行為の全部責任の法理とは、「たとえば甲乙が強盗を共謀して甲が暴行を加え、乙がそのあいだに財物を奪取した場合に、甲乙ともに強盗について責任を負う」というように、犯罪の実行行為の一部を実現したにすぎない各共同正犯者が完全な実行行為者として犯罪全体について責任を負うとする考え方で



ある。<sup>(39)</sup>

しかし、一部行為の全部責任の法理を肯定する通説が、「もし個人責任の原理を純粹の意味に解し、自己の行なった行動についてののみ責任を負うべきだという意味に解するならば、強盜の手段としてであれ暴行・脅迫のみを行なった者は暴行罪・脅迫罪についてしか責任を負わないし、財物奪取を分担した者は窃盜罪についてしか責任を負わない」ことになるのであって、「そこには一部行為の全部責任の法理のはたらく余地はない。」<sup>(40)</sup>すなわち、一部行為の全部責任の法理を認めるということは、「少なくとも純粹な意味での個人責任の原理の修正を是認することを意味する」のである。この点、先の甲乙の強盜の事例について、『甲乙の行為』というように一つの社会現象として合体してはじめて、甲乙の行なったのが強盜だという結論が出てくるのであるし、それ故にこそ甲乙がともに強盜について責任を負うこととなるのである。<sup>(42)</sup>これは、まさに「集団犯特有のもの」であり、これを「団体責任の原理によるもの」と解することは可能であり、通説の共謀共同正犯否認論も「このような団体責任の原理を認めなければ一部行為の全部責任の法理を説明しきれないとすれば、通説の側から、共謀共同正犯は認論は個人責任の原理に反すると批判することはできないこととなる。」<sup>(43)</sup>

他方、一部行為の全部責任の法理は、「依然として個人責任の原理の範囲を逸脱していないと解することもできない。すなわち、純客観的には暴行・脅迫を行なったにすぎない甲も、乙の行為との関係で全体的に觀察すれば乙と共同して強盜を行なったとみられるのであって、甲も乙もともに自己の行動・態度について責任を負うにすぎず、他人の行為について責任を負っているのではないと考えることも可能」<sup>(44)</sup>なのである。もっとも、このような理論は、「間接正犯的理論構成によるのでなければ成功したとはいえず、理論づけにかなりの無理が見受けられる」けれども、しかし、「通説が共同正犯につき個人責任の原理に執着しようとするれば、そのような無理を犯しても右のように考

えるほかはない<sup>(45)</sup>。しかしながら、「そのような意味での個人責任の原理ならば、実は共謀共同正犯は認論によっても尊重されていることに気づかねばならない。」<sup>(46)</sup>

⑦ 共同正犯と単独犯の法理 以上のことから明らかなように、「共同正犯の場合に単独正犯の場合と同様な

——つまり個人責任の基礎となるような——正犯的特徴を要求することは無理であって、むしろ率直に甲乙二人の行なった犯罪というものの実在を認め、その実現に対して甲乙がそれぞれ責任を負うと考えるほかはない<sup>(47)</sup>」のである。

しかし、それは、いずれにせよ「団体責任の原理」であるか、せいぜい「修正された個人責任の原理」にほかならず、「このような責任原理を承認する以上、各個人になお単独正犯と同様な正犯的特徴——構成要件該当性——を要求することには意味がない」のである<sup>(48)</sup>。換言すれば、「各人の責任の基礎がすでに各人の行為のみでなく、共同でなした

実行行為である」と解する以上、「確定すべき問題は、なされた実行行為が甲と乙との共同の仕事であるかどうかであって、実行行為の遂行に対する甲乙それぞれの寄与の形態は、右の判断をするための事実的資料という以上の意味を持つものではない。」<sup>(49)</sup>それゆえ、「その各人の行為につき、どのみちすでに独立に責任の基礎たりえない単独正犯的特徴を要求したところで、それはもはや意味のないこと」なのである。

⑧ (共謀) 共同正犯の責任の基礎 「共同正犯は共犯であるから、その責任の基礎に単独犯と同様な正犯的特徴を要求する必要はない。」問題なのは、「二人以上の共同作業が犯罪の実行である場合に、その各人につき犯罪実現に対する、単独正犯者または直接実行者と法的に同視すべき寄与が考えられるかどうか」、換言すれば、「その二人以上がともに手を下して構成要件の全要素を実現したのと同視すべき共同関係がそこに存在するか」であり、この点について肯定的な評価が加えられるときには、「その各人の寄与こそが共同正犯における責任の基礎にほかならない<sup>(50)</sup>」のである。

⑨ 共同正犯と教唆犯・従犯との区別      そして、「共同正犯における責任の基礎が犯罪の実態に対する各人の寄

与であり、それは必ずしも構成要件該当行為である必要はない」ということになる。共同正犯と狭義の共犯（教唆犯・従犯）との区別の標準が問題となる。この点、「構成要件の一部実現があったかなかったか」によって区別する通説の共謀共同正犯否認論の標準は「比較的明瞭だった」といえ、「それに比べれば、たしかに否認論の標準は不明瞭」ではある。<sup>(51)</sup>しかし、その区別の標準が不明瞭だといっても、それは、「処罰するかしないかを決定する標準」が不明瞭なのではなく、「共同正犯、教唆犯、従犯のいずれとして処罰するかの点について、否認論より多少不明瞭だ」というにすぎない。<sup>(52)</sup>すなわち、共謀共同正犯は否認論を採って、見張りを共同正犯としたり、共謀共同正犯を認めることは、否認論が処罰しないとするものを処罰することを意味するのではなく、否認論が教唆犯・従犯として処罰していたものを、共謀共同正犯として処罰するにすぎないのである。<sup>(53)</sup>そして、「教唆犯に対する刑は共同正犯と同じであり、せいぜい従犯として処罰する場合に共同正犯として処罰するよりも刑が軽くなるにすぎない」のであるから、「刑という点でいえば、共同正犯と従犯との区別について、刑が軽くなるか重くなるかの違いであるにすぎない。」<sup>(54)</sup>

⑩ 重要な役割論      共謀共同正犯否認論の採る標準は、「実行行為の（一部）実現の有無という形式的画一性を持っている」が、「犯罪の実現に対し実行を分担する以上に重要な役割を演じた者を軽く処罰しなければならない」という不備、及び、「形式的画一性を尊重する結果、単に従犯として処罰すれば足る程度の関与者をも共同正犯として重く処罰しなければならないという欠陥」を持っている。したがって、「ここでは形式的画一性をひとまず捨て、犯罪の実現に対し重要な役割を演じたかどうかという実質的具体的個別的判断によって共同正犯と教唆犯・従犯を区別すべきである。」<sup>(55)</sup>

では、「共同正犯における責任の基礎としての、犯罪の実現に対する重要な役割を認定する手がかり」について考

察すると、まず第一に、「実行行為の全部または一部を実現する」いわゆる実行共同正犯の大部分は、「その意思面からみても、行為の面からみても、単独正犯と同程度の当罰性の重さを有する」ので、「重要な役割を演じたものであり、共同正犯となる」<sup>(56)</sup>。

第二に、「見張りは、本来犯罪発覚の防止、妨害の排除などのために行なわれるもので、実行行為の遂行に不可欠な場合が多い」<sup>(57)</sup>けれども、しかし、「見張りはすべて共同正犯となるのではなく、従犯たりうる場合のあること」に注意すべきである。

また第三に、「相互的意思連絡のもとに現場に居合わせたが、直接実行行為は行なわなかった者の責任である」が、この者が見張りまたは共謀共同正犯者としての責任を負うべきものであれば問題はそこに還元されるが、しかし、それ以外の場合であっても、例えば「実行の着手もあえて辞さない意思を持ち、かつそれが可能な立場に立って共同の行為に参加」したが、「実行行為をなす役割がたまたま自分に回って来なかったという状況や、平等に利益分配にあらずかったというような事情」があった場合には、共同正犯となりうるのである。<sup>(58)</sup>

そして最後に、「単なる謀議参加者の責任」であるが、まず単なる謀議参加者が「当該犯行の首謀者、指揮者」である場合は、「原則として共同正犯となりうる」のに反し、「首謀者ないし指揮者でない単なる謀議参加者が共同正犯たるためには、単に謀議に参加したという事実だけでは不十分であり、何故別人が実行行為を担当することになったかの事実を調査し、また、謀議参加者の意欲の内容、集団における地位、謀議の際およびその前後におけるその態度を確定し、当該犯罪の実現に対する役割が実行担当者に勝るとも劣らないという評価が得られた場合にはじめて共同正犯の成立を認めるべきである」<sup>(59)</sup>が、そのような評価が得られない単なる謀議参加者は、教唆犯あるいは従犯として処罰されるにとどまる。

⑪ 実務的な欲求

「実務の立場にある者からすれば、犯罪実現に対して主動的な重要な役割を演じた者が、実行行為を分担していないという理由で教唆犯あるいは従犯として処罰されることに對し、著しく平衡感覚を欠く不合理を感じるのは当然のこと」<sup>(60)</sup>であり、「犯罪の実現に對してむしろ直接実行者よりも決定的な役割を演じた者、または直接実行者と同価値な役割を演じた者を正犯として処罰したい」という「実務的直観」・「実務的要求」は、「学説においても尊重しなければならない」<sup>(61)</sup>。こうした実務的な「欲求は、犯罪が組織的集団によって犯される場合にとくに強まるとみななければならない」<sup>(62)</sup>。例えば、組織的な銀行強盜の例で考えてみると、「たしかに形式的にみれば、脅迫と財物奪取とは強盜という実行行為を直接構成する行為であるという意味で本質的であるが、強盜という犯罪現象全体との關係で実質的に眺めてみれば、この種の行為は技術的により容易な、役割分担としてはレベルの低い行為でさえある。それにもかかわらず、犯罪の実現についてより高度な技能を要し、倫理的観点からも実行行為そのものと同視されるような見張り、電話線の切断等が従犯として必要的に軽く処罰されることを見逃してよいであろうか。まして組織的集団の長として当該犯行を計画し、これを部下に命じた者（そしておそらく利益の分け前をもっとも多くもらう者）や、みずから現場にあって指揮・命令をした幹部が、直接実行者よりも刑法的評価において軽いなどという結論を放置しておいてよいであろうか」<sup>(63)</sup>問題は、「このような理解を現行刑法の解釈論に反映させていくかどうか」、「はたして是認論は現行刑法の解釈上不可能」<sup>(64)</sup>なのであろうか、である。

⑫ 刑法六〇条の解釈 従来の通説であった共謀共同正犯否認論は、刑法六〇条の文言について、「犯罪の実行とは構成要件に該当する行為を行なうことであるから、構成要件の少なくとも一部を実現する行為をもって共同した者だけが共同正犯であり、みずから構成要件に該当する行為を行なわない共謀共同正犯は認めることができない」とし、共謀共同正犯は認論は同条の文理に合わない<sup>(65)</sup>と批判する。

しかし、「私見によれば、この六〇条の文言は、すでにその論理的な構造からしても、決して通説（共謀共同正犯否認論——括弧内引用者）の解釈のみを許容し他の解釈を排斥するものではない」<sup>(65)</sup>のであり、「六〇条の解釈として、二人以上共同し、その共同したものが犯罪を実行したときは、共同者の各人はみな正犯として処罰される、というように読むことは、文理解釈としてすでに可能である。それは、罪刑法定主義上許されない類推解釈でもなければ、拡張解釈でもなく、「文理に則した読み方の一つというにとどまる」ものであって、「そのいずれの文理解釈をとるかは、刑法学的な合理性、合目的性によって決定すべきであり、ここで六〇条の文言をあげつらうことは、単に水かけ論争を行なうに等しい」<sup>(67)</sup>。また、もし、共同正犯の成立範囲を「甲乙のいずれもが暴行も財物奪取も行なっている場合」のみに限定するならば、「六〇条の規定は不用なもの」となってしまう。その意味で、「六〇条の規定は、犯罪実行の方法としてそれぞれが役割分担をしたときでも、全員に共同して実行した犯罪の全体につき実行者としての責任を負わせてしかるべき場合のあることを明らかにしたものと解すべきである」<sup>(68)</sup>。

### (3) 特徴

以上、「共同意思関係説」と名づけた西原氏の論述内容をやや詳しく紹介してきた。これらの論述を踏まえ、以下では、西原氏の見解の特徴を、共同意思主体説との異同を意識しながら指摘してみたい。

① 共犯現象と単独犯現象の異質性・近接性    まず、西原氏の見解が、共犯現象と単独犯現象には異質な面があることを前提認識としている点を特徴として指摘しなければならない。この点は、西原氏の論述、すなわち、「自分の行為が様々の形で他人の行為にかかわりあい、また自分と他人とが大小の集団を形成し、集団の活動の一環として自分の行為を展開する場合がある。このような場合の人間の行為は、単独で行った場合のそれとは異なり、他人の行為との関連で特殊な意味を持ち、人間の責任は、そのように意味づけられたものとしての行為について課されること

になる<sup>(69)</sup>という論述に示唆されているし、「共同正犯という特殊な社会的心理的現象<sup>(70)</sup>」という指摘にも表れている。

共同意思主体説の論者の場合、この「社会的心理的現象<sup>(71)</sup>」という表現には、共犯現象は「社会的現象」であると同時に「心理的現象」でもあるという二つの意味が含まれており、西原氏の見解においても、この点は基本的に変わらない。すなわち、まず、共犯現象は「社会的現象」であるという第一の意味について、西原氏は、たとえば、甲乙二人が強盗を共謀して甲は暴行を行ない、乙は財物奪取を行なった場合、「そこにある実行行為の主体は、甲乙二人の物理的存在ではなく、すでに法律上意味ある人的結合」にほかならず、この人的結合は「自然人の概念を超えた社会的存在<sup>(72)</sup>」であると論述し、共犯現象が「社会的現象」であり「社会的存在」であることを指摘している。次に、共犯現象は「心理的現象」であるという第二の意味について、西原氏は、「共同正犯がみな正犯として処罰されるのは、全員が共同意思のもとに一体となって犯罪を実現したから」であって、「これを内面的にみれば、そこには、各人が互いに他人の行為を利用・支配しつつ自己の犯意を実現するという事情が見受けられる<sup>(73)</sup>」と論述し、共同正犯が「共同意思のもとに一体となって相互利用・相互支配しつつ自己の犯意を実現する<sup>(74)</sup>」という「心理的現象」でもあることを指摘している。そして、共同正犯が「社会的現象＋心理的現象」であることについて、「強盗を実行しようとする甲と乙との意思疎通が媒介となって、甲の行為と乙の行為とが『甲乙の行為』というように一つの社会現象として合体してはじめて、甲乙の行なったのが強盗だという結論が出てくるのであるし、それ故にこそ甲乙がともに強盗について責任を負うこととなるのである<sup>(75)</sup>」と端的に説明している。

ただ、この「心理的現象」の意味について、共同意思主体説の論者は、「共同して犯すがゆえにこそ、共同行為ないし集団行為の違法性ないし危険性に増減を生じ<sup>(76)</sup>」<sup>(77)</sup>として、共犯現象・集団犯現象の特殊な危険性を指摘し、単独犯現象とは異なる「共犯現象の特殊な団体心理」を強調することによって、共犯現象と単独犯現象との完全な異質性

を際立たせようとする。これに対し、西原氏は、正面から、「共犯現象の特殊な団体心理」を強調して共犯現象と単独犯現象との異質性を際立たせる構成は採っておらず、むしろ「共同意思のもとに一体となって相互利用・相互支配しつつ自己の犯意を実現する」と構成するにとどまっている。それは、西原氏の見解が、共犯現象と単独犯現象における責任の近接性・連続性をも前提認識として認めていること、換言すれば、西原氏の見解にあっては、共犯現象は単独犯現象の特質をも包含し、それゆえ、共犯現象における責任には単独犯現象におけるそれと共通した部分のあることを認めていることに起因するものと考えられるのである。この点は、あらためて触れることにしたい。

② 共同正犯の二重構造 次に、西原氏の見解においては、共犯現象と単独犯現象との異質性と同時に近接性が前提認識とされていることとの関連で、共犯の二重構造および共犯責任の二元性が強調されている点の特徴として指摘しなければならない。この点は、西原氏の論述、すなわち、例えば「教唆犯は『人ヲ教唆シテ』『犯罪ヲ実行セシメタル』者であり、従犯は『正犯ヲ』『幫助シタル』者」であり、「教唆犯は、まさに人を教唆して犯罪を実行させるという二重構造を持つ犯罪であり、自己の『実行行為』にもとづく犯罪でもなければ、自己の『教唆行為』のみにもとづく犯罪でもない」のであって、このような共犯の「責任の基礎の二元性が、すでに単独犯の法理を超えたものであり、純粹の個人責任の原理から逸脱したものであることは明らかであろう。これは、共犯に特有の性質であって、共犯の一種である共同正犯についてもあてはまる<sup>(16)</sup>」という論述に表れている。しかも、この点の西原氏の見解は、共同意思主体説が、共犯現象を単独犯現象とまったく異質なものととして把握し、「共犯性」原理一色で塗りかため、共同正犯を「団体本位の原理」・「団体犯原理」をもって理解しようとする考え方を採るのとは大いに異なっているのである。

西原氏の指摘する「共犯の二重構造」は、氏の共謀共同正犯の基本構造に関わることなので、ここで少しく検討し



たい。西原氏は、教唆犯を例にして、「人を教唆して」、「犯罪を実行させた」という教唆犯の二重構造を指摘しているが、ここでいう「人を教唆して」は、「教唆者自身の教唆行為」、広義の共犯でいえば「共犯者自身の加功行為」を意味する。この「共犯者自身の加功行為」それ自体は共犯行為であって、それゆえ、本来の意味での「実行行為」とはいえないが、しかし、それは、共犯の成立が認められるために必要な共犯者自身の加功行為であるという意味で、共犯における「一種の実行行為」と解することもできよう。他方、西原氏のいう「犯罪を実行させた」は、「被教唆者に実行させた」こと、広義の共犯でいえば「(共同) 正犯者に実行させた」ことを意味し、共犯者の加功行為は正犯者の実行行為を通じてその可罰性を獲得するという「共犯従属性」を意味する。このように、共犯においても、一方で、共犯者自身の加功行為が「一種の実行行為」として必要である限りにおいて共犯の「独自性」が前提となるとともに、他方で、共犯の可罰性が正犯の「本来の実行行為」に従属する限りにおいて共犯の「従属性」が前提となるという意味において、共犯は「二重構造」をなしており、自己の「共犯行為」のみにもとづく犯罪でもなければ、他人の「実行行為」のみにもとづく犯罪でもないのである。西原氏のいう「共犯の二重構造」をこのような意味に解することができるならば、「共同正犯の責任の基礎に単独犯と同様な正犯的特徴を要求する必要はない」という西原氏の論述は、共同正犯におけるその「正犯的特徴」を完全に排斥する趣旨ではなく、むしろ「共同正犯は『正犯的特徴』を包摂した『共犯的特徴(共同正犯的特徴)』を具備しているがゆえに、単独犯と同様な正犯的特徴を要求しても意味がない」という趣旨に解することができる。この点が、共同正犯における責任の基礎に関し、西原氏が、「単独正犯者または直接実行者と法的に同視すべき寄与」の存在や、「手を下して構成要件の全要素を実現したのと同視すべき共同関係」の存在を重視する共同正犯の構造論と理論的に結びついていると考えられるのである。

- ③ 共同正犯の共犯性 さらに、西原氏の見解が、共犯の二重構造を前提にして共犯責任の二元性を重視するこ

との論理的必然として、共同正犯の「单独正犯性」原理からの離反、したがって、共同正犯の「共犯性」原理への重点移行がもたらされている点の特徴としてあげることができる。この点は、西原氏の論述、すなわち、「共同正犯は共犯である。多くの学説が共同正犯につき单独犯の理論を適用してことごとく不徹底に終わっているのは、共同正犯の共犯性を度外視して事を論ずることに由来する」という論述、<sup>(78)</sup>「共同正犯は共犯である。従って、各共同正犯者の行為が個別的に観察した場合に実行行為にあたるかどうか、つまり構成要件に該当するかどうかは、問題とらない」という論述、さらに、「共同正犯は共犯であるから、その責任の基礎に单独犯と同様な正犯的特徴を要求する必要はない」<sup>(80)</sup>という論述に端的に表現されている。

④ 修正された個人責任の原理 しかし、他方で、共同意思主体説が正面から「一種の団体責任の原理」を志向するのに対し、西原氏の見解は、むしろ「修正された個人責任の原理」を志向するものである点を指摘しなければならない。すなわち、西原氏の見解は、单独犯と同様な正犯的特徴をも包摂した共犯的特徴（共同正犯的特徴）を前提とし、それを共犯責任の二元性として構成する見解であって、その限りで、「一種の団体責任の原理」を基調とするものではなく、むしろ「修正された個人責任の原理」を基調とする見解であると考えられるのである。<sup>(81)</sup>

この点について、少しく考察しておきたい。先に指摘したように、共同意思主体説の論者は、「二人以上の異心別体たる個人が一定の犯罪を犯すという共同目的を実現するために同心一体となって共同意思主体を形成する」という「共犯団体」本位の団体的共犯論を志向し、单独正犯性原理からの徹底した離反を企図している。これに対し、西原氏は、单独正犯の場合に妥当する「純粋な意味の個人責任の原理」を「一種の団体責任の原理」でもって加工する「修正された個人責任の原理」を基調としており、单独正犯性原理からの徹底した離反は企図していないと考えられる。つまり、西原氏の見解においては、单独正犯性原理をも包摂した「共犯責任の二元性」という共犯責任原理が基

調とされているのであり、したがって、「共同正犯には単独犯の法理をそのまま用いることができず、一種の団体責任の原理か、あるいは修正された個人責任の原理かのいずれかしが適用しえない」という西原氏の記述も、そのような趣旨に理解されるべきと考える。

⑤ 任意的共犯と必要的共犯の同質性 さらに、西原氏の見解は、総則の任意的共犯と各則の必要的共犯との同質性を強調している。すなわち、西原氏の見解においては、共犯現象に妥当する共犯性原理は共犯責任の二元性を基礎とし、単独犯現象に妥当する単独正犯性原理をも包摂したものと解されているのであるが、この構造認識は、同じ共犯現象として、総則上の任意的共犯にも各則上の必要的共犯にも妥当する。この点は、西原氏の論述、すなわち、「教唆犯・従犯の責任は、共犯独立性説の立場に立つことによって、依然純粹の個人責任の原理から説明することは可能である」が、共犯従属性説を支持するならば、「教唆犯・従犯の責任は、もはや純粹の個人責任の原理に立脚したものだといいたい」し、さらに、「このことは、刑法各則における内乱罪・騒擾罪（現行刑法の「騒乱罪」——括弧内引用者）の首魁（現行刑法の「首謀者」——括弧内引用者）や謀議参与者（内乱罪のみ）の責任についてもあてはまる」という論述に端的に表れている。

⑥ 共同正犯の成立上の従属性と処罰上の個別性 周知のように、共同正犯の共犯性を強調する利点の一つは、共謀者中のある者が実行行為に着手することによってはじめて共同正犯の可罰性が認められ、共同正犯が成立するという共同正犯成立上の従属性を積極的に理論づけることができる点にある。西原氏の見解もまた、共同意思主体説がそうであるように、（共謀）共同正犯の「共犯性」を強調することにより、共同正犯の成立上の従属性を積極的に根拠づけようとする。しかも、西原氏は、自らの共犯理論を、共謀共同正犯を含む共同正犯だけでなく教唆犯・従犯をも包摂する広義の共犯に妥当する理論として主張しており、その意味で、西原氏の見解もまた、共同意思主体説と同

じく、広義の共犯を統一的に把握する「統一的共犯論」であるといえよう。

他方、西原氏の見解はまた、共同意思主体説と同様、共同正犯成立上の從属性を前提としつつ「処罰上の個別性」を志向する見解でもある。この点は、西原氏の論述、すなわち、共同正犯における責任の基礎は「犯罪の実態に対する各人の寄与」<sup>(84)</sup>であり、「二人以上の共同作業が犯罪の実行である場合に、その各人につき犯罪実現に対する、単独正犯者または直接実行者と法的に同視すべき寄与が考えられるかどうか」、換言すれば、「その二人以上がともに手を下して構成要件の全要素を実現したのと同視すべき共同関係がそこに存在するか」であり、「そのような評価が加えられる場合、その各人の寄与こそが共同正犯における責任の基礎にほかならない」という論述に端的に表現されている。しかも、西原氏は、各則上の必要共犯である内乱罪・騒乱罪における首謀者・謀議参与者の行為は、「全体的に考察してみると犯罪の実現に対してむしろ実行担当者よりも重要な役割を演じたものと考え、そのような個人の行為の意義に着眼して重い責任を負わせたのだと解するならば、その責任は依然として個人責任の原理に立脚したものである」<sup>(85)</sup>とも論述しているのである。

このように、西原氏の見解は、共犯の二重構造を基礎にした「共犯責任の二元性」という共犯責任構造を前提としているがために、共同意思主体説に対して指摘される「行為主体と責任主体との分離」・「犯罪の主体と処罰の客体との乖離」という問題点が緩和されている。この点に関する通説の立場からの批判に対して、西原氏は、「共同正犯の成立要件として実行行為の分担を要求する通説」の立場も、「実行行為の主体を超自然的な人的結合体と考えざるをえず、また、一部行為の全部責任の法理を個人責任の原理から説明していない以上、実は犯罪の主体と処罰の客体とを分離しているものであり、従って、この批判（犯罪の主体と処罰の客体との乖離——括弧内引用者）は、少なくとも通説の立場から提起しうる性質のものではない」<sup>(87)</sup>と反論している。

⑦ 実行行為の分担と共同正犯 さらに、西原氏の見解においては、共同正犯が成立するには共同者の全員が実行行為の全部又は一部を分担することを要せず、実行行為の分担が共同正犯としての罪責を負担させるための要件とはなっていない点を指摘することができる。そのため、西原氏の見解にあっては、共同意思主体説におけると同様、実行共同正犯と共謀共同正犯の区別は無意味となる。この点は、西原氏の論述、すなわち、「実行共同正犯と共謀共同正犯とは、事実においては区別しえても、その区別は法的な意味を持たず、両者はともに同一の理論によって説明すべきものとなる<sup>(88)</sup>」という論述に端的に表れている。

ただ、西原氏の見解にあっては、この「実行行為概念の地位の相対化」は必ずしも徹底されてはいないことに注意を要する。すなわち、西原氏は、「各共同者の行為が個別的に観察した場合に実行行為の一部にあたるかどうか、つまり構成要件に該当するかどうかは本質的でない」としつつも、「実行行為の全部または一部を実現するいわゆる実行共同正犯の大部分は重要な役割を演じたものであり、共同正犯となる。みずから実行の分担という形で加功する者は、大部分がその意思面からみても、行為の面からみても、単独正犯と同程度の当罰性の重さを有するからである<sup>(89)</sup>」とするのである。

⑧ 共同正犯と狭義の共犯との区別 また、西原氏は、共犯における区別、特に共同正犯と教唆犯・従犯との区別に關し、「犯罪の実態に対する各人の寄与」という基準を提示している。西原氏の見解によれば、共同正犯における責任の基礎は、通説のような「実行行為の（一部）実現の有無という形式的画一性」ではなく、「犯罪の実態に対する各人の寄与<sup>(90)</sup>」であり、その判断は「犯罪の実現に対し重要な役割を演じたかどうかという実質的具体的個別判断」であるとする。

西原氏によると、通説の共謀共同正犯否認論は、共同正犯が成立するために「実行行為の（一部）実現の有無とい

う形式的画一性」を要求するため、たしかに、共同正犯と教唆犯・従犯との区別の標準は比較的明瞭であるのに対し、共謀共同正犯は認論の標準は不明瞭であり、「是認論は否認論より劣る」けれども、しかし、「標準が不明瞭だといっても、それは、処罰するかしないかを決定する標準がそうなのではなくて、共同正犯、教唆犯、従犯のいずれとして処罰するか点について、否認論より多少不明瞭だという」にすぎない。すなわち、西原氏の見解によると、共謀共同正犯は認論を採って共謀共同正犯を是認したからといって、見張りを共同正犯としたり、否認論が処罰しないとするものを処罰すること意味するのではなく、否認論が教唆犯・従犯として処罰していたものを共謀共同正犯として処罰するにすぎず、結局のところ、<sup>(91)</sup>「教唆犯に対する刑は共同正犯と同じであり、せいぜい従犯として処罰する場合に共同正犯として処罰するよりも刑が軽くなるにすぎない」のであるから、「刑という点でいえば、共同正犯と従犯との区別について、刑が軽くなるか重くなるかの違いであるにすぎない」と反論するのである。<sup>(92)</sup>

⑨ 重要な役割論　そして、この点と関連するのであるが、西原氏の見解の特徴として、共同正犯と教唆犯・従犯とを区別する抽象的基準として、「犯罪の実現に対し重要な役割を演じたかどうか」という重要な役割論が提示されている点を指摘することができる。西原氏は、この「重要な役割」について、「共同正犯が正犯として処罰される以上、単独正犯における実行行為と当罰性において同価値であると評価しうるもの」でなければならず、その際の考慮事情は、「行為者の主観的な意欲、客観的な行動（謀議参加も含む）、共同意思主体の活動に対するその役割（場合によっては、共同意思主体内部におけるその地位も含む）をすべて総合したもの」<sup>(93)</sup>であると論述している。そして、「重要な役割」を演じたと評価しうるかについて、先の「(2)内容」の「⑩重要な役割論」で指摘したような四つの類型化を試みるのである。

⑩ 共謀の意義・機能　また、西原氏の見解にあつては、共謀は、共同犯行の意識そのものという「共同正犯に

おける単なる主観的事実」ではなく、「共同犯行の意識の形成」という客観的事実として捉えられており、共謀共同正犯の成立範囲を限定する機能が与えられている。この点は、西原氏の論述、すなわち、「共同正犯の責任の基礎は、行為者の主観的な意欲、客観的な行動（謀議参加も含む）、共同意思主体の活動に対するその役割（場合によっては、共同意思主体内部におけるその地位も含む）をすべて総合したものから成るのであるが、共同犯行の意識を形成したという認定をするためには、これらがすべて立証されなければならない」のであり、「しかも共同正犯の『罪となるべき事実』に属するから、訴訟の場では厳格な証明の対象となる」という論述に表現されている。<sup>(95)</sup>

#### (4) 小括

ここで、西原氏の見解を共同意思主体説と比較しながら、総括してみたい。

① 西原氏の見解の変容 多少文学的な表現が許されるならば、一九六〇年代、西原氏は、一方で、共同意思主体説の考え方に寄り添いつつ共謀共同正犯の理論を研究しながらも、他方で、共同意思主体説の考えと当時の通説のそれとを架橋しようとしていたように思われる。一九六四年の論文「共同正犯における犯罪の実行」<sup>(96)</sup>において、西原氏は、共同意思主体説は「一種の団体責任の理論がその立論の基礎になっているのであり、この点で、共同意思主体説は、他の学説と決定的に分かれるように考えられていた」と論述し、また、刑法各則における内乱罪・騒乱罪における首謀者の責任は「依然として個人責任の原理にもとづくものということもできよう」し、反対に、「個人責任の例外規定で、団体責任を認めたものと解することも可能であり、しかも、この見解の方がはるかに自然である」と論述し、「通説の共同正犯論が、……個人責任の原理にもとづいて展開されているようにみえて、実は団体責任的なものの承認に至らざるをえないとしても、それは現行法の体系と矛盾するものとは思われない」と論述し、さらに、「現行法が一種の団体責任的な原理を例外的に承認することには、合理的な理由がある」と論述し、そして、「共同正

犯がみな正犯として処罰されるのは、全員が共同意思のもとに一体となって犯罪を実現したからであって、外面的にみれば、共同意思主体の活動としての実行行為が存在するわけであるが、これを内面的にみれば、そこには、各人が互いに他人の行為を利用・支配しつつ自己の犯意を実現するという事情が見受けられる<sup>(101)</sup>と論述しているのである。

これらの論述は、西原氏が、一方で、共同意思主体説の考え方に立脚し、それを擁護しながらも、他方で、共犯現象の中に「個人責任の例外としての一種の団体責任」を看取することで、個人責任の原理を貫徹する当時の通説の考え方との共通点を見出し、共同意思主体説と当時の通説とを架橋しようとしていた意図がうかがえるのである。

しかし、それが、一九七〇年代に入ると、西原氏は、次第に、一方で、共同意思主体説の考え方とは多少距離を置きながら、他方で、「修正された個人責任の原理」を基礎とし、「重要な役割」論を前面に出した自らの（共謀）共同

正犯論を強く主張するようになる。一九七六年の論文「共謀共同正犯」<sup>(102)</sup>において、西原氏は、内乱罪や騒乱罪の場合、首謀者・謀議参与者の重い責任は「依然として個人責任に立脚したもの」と解することも、「個人責任の原理の修正である団体責任」の「範囲内で他人の行なった行為について責任を負ったものと考ええることも可能であり、」<sup>(103)</sup>「その両者のいずれをとるべきかは、まさに言葉の問題に帰着する」と論述しながらも、「共謀共同正犯は、別に共同意思主体説のような理論構成を持ち出さなくとも、通説の立場に立ちつつこれを共同正犯の一種に数えることができる」<sup>(104)</sup>が、「犯罪共同説の必ずしも自覚しえなかった全体的考察方法を明らかにした点で、学説史的意義を有するにとどまる」<sup>(105)</sup>と論述し、また、一九七七年の体系書『刑法総論』<sup>(106)</sup>においては、「本書は、共同意思主体説的な考え方は、……創唱者草野判事の所説に全面的に従うわけではないが——基本的なこれを支持する」<sup>(107)</sup>（傍点引用者）と論述し、さらに、一九七七年六月に裁判所書記官研修所養成部において行った講演の速記録に加筆・補訂した「共謀共同正犯について」<sup>(108)</sup>（一九七九年）においては、「従来の普通の犯罪共同説の立場から共謀共同正犯は是認することができるの



ではないだろうか。特殊な理論構成は要らないのではないか。共同意思主体説というふうな考え方を持ち出さないまでも共謀共同正犯というのは一定の限度において是認することができるのではないか。これが私の考え方の要約で「<sup>(108)</sup>と論述している。これらの論述からは、西原氏が、共同意思主体説と距離を置きながら、「特殊な理論構成」を用いることなく共謀共同正犯を「共同正犯の一種」に包摂できる自らの共同正犯論を探索しようとしている姿勢がうかがえるのである。そして、こうした西原氏の見解の変容は、一九八九年一〇月に開催された日本刑法学会東京部会での西原氏の発言、すなわち、「私としては、自分で私を共同意思主体説の中には入れてはおりません<sup>(109)</sup>」という発言につながっていくわけである。

しかしながら、西原氏の見解におけるこうした変容は、実に「静かに、微妙に」進行していたため、明確に捕捉することはなかなか難しい。それは、西原氏自身が、「共同意思主体説と私とがどのように違うのか、というようなことも、特には論じておりません<sup>(111)</sup>」と発言しているように、自らの見解と共同意思主体説との異同を明確にしてこなかったことにも起因しているのである。<sup>(112)</sup>

いずれにしても、西原氏の見解における変容は、『団体責任の原理』から『修正された個人責任の原理』へと表現することが可能であろう。この点は、西原氏の発言、すなわち、「純粹の意味の個人責任」では「一部行為の全部責任の法理が説明できない。したがって、そこにはどうしても修正された個人責任ということしかいえないのではないであろうか。その修正された個人責任というのは、必ずしも団体責任の法理ではないのではないだろうか<sup>(113)</sup>」という発言に端的に表れている。

② 西原氏の見解の要点 誤解を恐れずに、私見なりに、西原氏の（共謀）共同正犯の理論を要約するならば、以下のようになるであろう。

（共謀）共同正犯も教唆犯・従犯と同じく共犯であり、共犯者自身の「加功行為」と（共同）正犯者に実行させた」ことが必要な限りにおいて、共犯は「独自性」と「従属性」の「二重構造」をなしているが、この二重構造を基礎にして「共犯責任の二元性」がある。これと同様に、共同正犯も、「正犯的特徴」をも包摂した「共犯的特徴（共同正犯的特徴）」を備えた犯罪であり、その意味で、共同正犯の責任構造は、「純粹な意味の個人責任の原理」だけでは説明できず、「修正された個人責任の原理」をも含むと解さざるをえない。換言すれば、それは、単独正犯に妥当する「純粹な意味の個人責任の原理」が「一種の団体責任の原理」によって加工された「修正された個人責任の原理」である。

また一方、共同正犯は全員が共同意思のもとに一体となって犯罪を実現するものであり、外面的には、そこに共同意思主体の活動としての実行行為が存在し、内面的には、各人が互いに他人の行為を利用・支配しつつ自己の犯意を実現するという事情が見受けられる。そこには、各共同者に分解できない「共同意思の実行行為」・「共同者全員の実行行為」が存在するのであり、それは、まさに「法律上意味ある人的結合」という、自然人の概念を超えた「社会的存在」による行為であり、その意味で、「共同意思の実行行為」は社会的意味をもった行為でもある<sup>(四)</sup>。

他方、共同正犯における責任の基礎は、「実行行為の（一部）実現」の有無という形式的・画一的な基準ではなく、「犯罪の実態に対する各人の寄与」であり、その判断は全体的考察により、単独正犯における実行行為と当罰性において同価値であるかどうか、具体的には、犯罪の実現に対し「重要な役割」を演じたかどうかという実質的・具体的な個別判断によりなされる。そして、その際に考慮されるべき事情は、行為者の主観的な意欲、謀議参加も含む客観的な行動、共同意思主体の活動に対するその役割や、場合によっては共同意思主体内部にお

けるその地位も含む、あらゆる諸事情を総合したものである。

さらに、共謀は、共同正犯における単なる主観的事実ではなく、共同犯行の意識の形成という客観的事実であり、したがって、共同犯行の意識を形成したと認定するためには、共同正犯の罪となるべき事実として厳格な証明を要する。

③ 共同意思関係説　かくして、西原氏の見解は、先に引用した論述、すなわち、「共同正犯がみな正犯として処罰されるのは、全員が共同意思のもとに一体となって犯罪を実現したからであって、外面的にみれば、共同意思主体の活動としての実行行為が存在するわけであるが、これを内面的にみれば、そこには、各人が互いに他人の行為を利用・支配しつつ自己の犯意を実現するという事情が見受けられる<sup>(15)</sup>」という論述に収斂することができよう。

以上のような、西原氏の見解についての考察を踏まえ、私見なりに、西原氏の共謀共同正犯論を構造化するならば、次のようになる。

共謀共同正犯は、全員が共同意思のもとに一体となって犯罪を実現するものである。それは、客観的には、そこに、共同意思関係の活動としての「共同意思の実行行為」が存在することを意味し、同時に、主観的には、そこに、各共同者が互いに他の共同者の行為を利用・支配しつつ自己の犯意を実現するという「相互利用・相互補充の心理的事情」が存在することを意味する。そこには、各共同者に分解できない「共同意思関係」がまさに「法律上意味ある人的結合」として存在するのであり、したがって、その「共同意思の実行行為」は、自然人の概念を超えた「社会的存在」による社会的行為として存在する。そして、それを担保するのが、共謀にもとづく「共同犯行の意識の形成」という客観的事実であり、共謀共同正犯における「罪となるべき事実」として厳格な証明を要する。他方、共謀共同正犯は、「共同者自身の加功行為」という独自性と「他の共同者に実行させた」

という従属性との二重構造をなしており、ここに「共同正犯責任の二元性」の基礎が存在するのであり、これにより、共謀共同正犯には「純粹な意味の個人責任の原理」は妥当せず、「一種の団体責任の原理」でもって加工された「修正された個人責任の原理」が妥当すべきことになる。そして、共謀共同正犯における責任の基礎は、「犯罪の実態に対する各人の寄与」であり、その判断は全体的考察により、単独正犯における実行行為と当罰性において同価値であるかどうか、具体的には、犯罪の実現に対し「重要な役割」を演じたかどうかという実質的・具体的な個別判断によりなされる。そして、その際に考慮されるべき事情は、行為者の主観的な意欲、謀議参加も含む客観的な行動、共同意思関係の活動に対するその役割や、場合によっては共同意思関係の内部におけるその地位も含む、あらゆる諸事情を総合したものである。

こうした西原氏の見解は、共同意思主体説のそれとは非常に距離のある見解であって、「本来の意味での共同意思主体説」ではないのはもちろん、「修正された共同意思主体説」<sup>(16)</sup>と解することにも無理があるように思われる。その意味で、西原氏の見解は、「共同意思関係説」と呼ぶのが適当であろう。

(1) 関哲夫「共謀共同正犯の『正犯性』・『共犯性』に関する一考察(一)」国士館大学・国士館法學三五号(二〇〇三年)九頁以下。

(2) 最近の文献、例えば、大谷實・刑法講義各論(新版第二版・二〇〇七年)四二八頁、西田典之ほか編・刑法判例百選I総論(第六版・二〇〇八年)一五三頁(浅田和茂)、立石二六・刑法総論(第三版・二〇〇八年)三〇〇頁などは、西原氏を共同意思主体説の代表的論者の一人としているし、西田典之・刑法総論(二〇〇六年)三三六頁は、修正された共同意思主体説の論者としている。

(3) 「特集 共謀共同正犯理論の総合的研究・討論の経緯」刑法雜誌三一巻三号(一九九一年)三五三頁。私自身も、研究会や私的な会話において、西原氏自身から直接に、「私の見解は共同意思主体説ではないのに、どうも私の見解は正確に理解

されていないようだ」という趣旨の発言を何回か聞くことがあった。なお、岡野光雄「共同意思主体説と共謀共同正犯」刑法雑誌三一巻三号（一九九一年）三〇二頁注三五も参照。

- (4) 西原春夫「共同正犯における犯罪の実行」齊藤金作博士還暦祝賀・現代の共犯理論（一九六四年）一一九～一六二頁（西原春夫・犯罪実行為論（一九九八年）二八六～三二五頁に収録）参照。以下、この論文の引用は、西原春夫・犯罪実行為論（一九九八年）二八六～三二五頁によることとし、注5文献と区別する意味で「西原春夫・注4文献」とする。

- (5) 西原春夫「共謀共同正犯」中義勝編・論争刑法（一九七六年）二二一～二三七頁（西原春夫・犯罪実行為論（一九九八年）三二六～三四二頁に収録）参照。以下、この論文の引用は、西原春夫・犯罪実行為論（一九九八年）三二六～三四二頁によることとし、注4文献と区別する意味で「西原春夫・注5文献」とする。

- (6) 西原春夫・刑法総論（一九七七年）三〇五～三六七頁、特に、三三九～三四九頁参照。

- (7) 西原春夫「共謀共同正犯について」裁判所書記官研修所所報二九号（一九七九年）一〇五～一四二頁。

- (8) 注3文献・刑法雑誌三一巻三号（一九九一年）三五三～三七〇頁参照。

- (9) 西原春夫・刑法総論下巻（改訂準備版・一九九三年）三五五～四一七頁、特に三八八～三九九頁参照。

- (10) 西原春夫「憂慮すべき最近の共謀共同正犯実務——最高裁判成一七年一月二九日第一小法廷判決を中心に——」刑事法ジャーナル三号（二〇〇六年）五四～六四頁参照。

- (11) 西原春夫・注5文献・三二六頁参照。

- (12) 西原春夫・注5文献・三二六頁。

- (13) 西原春夫・注5文献・三二六～三二七頁。また、西原春夫・注7文献・一〇九～一一〇頁も参照。

- (14) 西原春夫・注4文献・二八六～三二五頁（初出は、西原春夫「共同正犯における犯罪の実行」齊藤金作博士還暦祝賀・現代の共犯理論（一九六四年）一一九～一六二頁）参照。

- (15) 西原春夫・注5文献・三二六～三四二頁（初出は、西原春夫「共謀共同正犯」中義勝編・論争刑法（一九七六年）二二一～二二七頁）参照。

- (16) 西原春夫・注6文献・三二一頁、西原春夫・注9文献・三七二頁。

- (17) 西原春夫・注5文献・三三六頁。

共謀共同正犯の「正犯性」・「共犯性」に関する一考察（二）（関 哲夫）

- (18) 西原春夫・注5文献・三三六～三三七頁。さらに、西原春夫・注4文献・三一五頁参照。
- (19) 西原春夫・注5文献・三三七頁参照。
- (20) 西原春夫・注6文献・三三五頁、西原春夫・注9文献・三七四～三七五頁。さらに、西原春夫・注4文献・二八七頁参照。
- (21) 西原春夫・注6文献・三三六頁、西原春夫・注9文献・三七六頁。
- (22) 西原春夫・注5文献・三三七頁。
- (23) 西原春夫・注4文献・二九三頁。
- (24) 西原春夫・注5文献・三三二頁参照。
- (25) 西原春夫・注5文献・三三二頁参照。
- (26) 西原春夫・注4文献・二九四頁、西原春夫・注5文献・三三二頁参照。西原氏は、第一の見解は、「主観主義刑法理論に立脚した行為共同説」、あるいは「行為支配という別個の実質的基準を用い、共同正犯における責任の基礎を相互的な行為支配と考える、最近抬頭した間接正犯的理論構成」によってしか基礎づけられないと解している。西原春夫・注5文献・三三二頁参照。
- (27) 西原春夫・注4文献・二九四頁、西原春夫・注5文献・三三三頁参照。
- (28) 西原春夫・注5文献・三三三頁。なお、西原春夫・注4文献・二九五頁も参照。
- (29) 西原春夫・注4文献・二八九～二九〇頁、西原春夫・注5文献・三三〇頁参照。
- (30) 西原春夫・注4文献・二九〇頁、西原春夫・注5文献・三三〇頁参照。
- (31) 西原春夫・注4文献・二九〇頁。
- (32) 西原春夫・注5文献・三三一頁参照。
- (33) 西原春夫・注7文献・一四頁。
- (34) 西原春夫・注4文献・二九〇～二九一頁、西原春夫・注5文献・三三一頁参照。
- (35) 西原春夫・注5文献・三三一頁参照。
- (36) 西原春夫・注5文献・三三一頁参照。
- (37) 西原春夫・注4文献・二九二頁、西原春夫・注5文献・三三一～三三二頁参照。

(38) 西原春夫氏は、「一部実行の全部責任の法理」の語ではなく「一部行為の全部責任の法理」の語を使用している。しかし、この法理は、各共同者が「実行行為」の一部でも分担・実行したときには全体について責任を負うべきであるという法理と解することができるので、用語としては、「一部行為の全部責任の法理」とするのが適切であると考えるが、以下では、西原氏の用語をそのまま用い、「一部行為の全部責任の法理」の語を使用することにする。

(39) 西原春夫・注5文献・三三四頁、西原春夫・注9文献・三九四頁参照。

(40) 西原春夫・注5文献・三三四頁。

(41) 西原春夫・注5文献・三三四頁。西原春夫・注4文献・二九七～二九八頁も参照。

(42) 西原春夫・注5文献・三三四～三三五頁。同書・二九七～二九八頁も参照。

(43) 西原春夫・注5文献・三三五頁。さらに、西原春夫・注6文献・三三五～三三六頁、西原春夫・注9文献・三七五～三七六頁参照。

(44) 西原春夫・注5文献・三三五頁参照。

(45) 西原春夫・注5文献・三三五頁。西原氏は、共謀共同正犯を間接正犯の理論構成をもって肯定する、いわゆる間接正犯類似説について批判的に検討し、「間接正犯、従って単独正犯の法理を共同正犯にそのまま用いることのできないことは、ここでも明らかにになった」と結論づけている。西原春夫・注4文献・二九九頁以下、特に三一～一頁参照。

(46) 西原春夫・注5文献・三三五頁。

(47) 西原春夫・注5文献・三三五頁参照。

(48) 西原春夫・注5文献・三三五頁、西原春夫・注6文献・三四五頁、西原春夫・注9文献・三九四～三九五頁参照。

(49) 西原春夫・注5文献・三三五～三三六頁。また、西原氏は、「なぜ、構成要件の全部又は一部を實現した者が共同正犯に原則としてなるかといえますと、……必ずしもその者が単独正犯的特徴を備えたからではな」く、「構成要件の一部を實現したということが、他の人の行為との関連で犯罪事實の實現に対し重要な役割を演じたことの一つの事実的な材料を形成するから」であって、それは主観的にも客観的にも「単独犯と同様な当罰性の重さを示したものと考えることができる」(西原春夫・注7文献・二三三頁)とも論述している。

(50) 西原春夫・注5文献・三三七頁。西原氏は、小野清一郎氏が構成要件理論に立脚し、犯罪共同説の立場に立ちつつ、共同

正犯における責任の基礎について「全体的考察」の方法を採って、見張りのあるものを共同正犯とし、さらに共謀共同正犯を是認するに至ったこと、及び、植松正氏・中野次雄氏・莊子邦雄氏などが、犯罪共同説の立場から集団犯特有の法理を適用して共謀共同正犯を肯定するのも、正しい理解を示したものであると評価している。西原春夫・注5文献・三三七頁参照。

(51) 西原春夫・注5文献・三三八頁参照。

(52) 西原春夫・注5文献・三三八頁参照。

(53) 西原春夫・注5文献・三三八頁参照。

(54) 西原春夫・注5文献・三三八頁参照。西原氏は、自説に対して、「刑の軽重がある以上両者を分ける標準は明瞭でなくてはならぬ」との批判が予想されるが、その批判には次のように反論している。「法律の解釈は法文の言葉の言語学的解釈でなく、日常生活の中に生起する多種多様な犯罪に対応する法律学的な論理解釈であるから、明瞭な解釈が不明瞭な解釈よりすぐれているということにはならない。不明瞭な解釈でも明瞭な解釈より合理性がある場合には、いさぎよく不明瞭な解釈の方をとり、その立場に立ってできるだけ明瞭な解釈の原理と標準を作り出すよう努力するのが、刑法学に課せられた厳しい任務といわなければならない。」(西原春夫・注5文献・三三八頁三三九頁) ここには、刑法解釈論についての西原氏の基本的な考え方が出ているように思われる。

(55) 西原春夫・注5文献・三三九頁。

(56) 西原春夫・注5文献・三三九頁三四〇頁。西原氏は、ただし、たとえば名誉毀損の記事作成に情を知って参加した植土工・印刷工などのように、「例外として、客観的には実行行為の分担があっても、それが犯罪の実現に対し必ずしも決定的でなく、また主観的にみて単に他人の犯罪を助勢する程度の意味しかなかったような者は、従犯としてとり扱われるべきであらう」とする。

(57) 西原春夫・注5文献・三四〇頁。西原氏は、「①実行行為そのものの分担もあえて辞さないが、役割分担として見張りを引受けたような者」は共同正犯であるが、「平等な立場での役割分担としてでなく、見張りによる加功のみについて意思を有するような者」は従犯であるし、「②組織的常習的な犯罪の場合には、右の標準はさらに軟化し、共同正犯たりうる場合が増大する」けれども、それでもなお、「その組織への新参者」のような者は従犯となる可能性もあるし、また、「③とくに強姦罪、賭博罪のような自手犯について、実行行為にも参加する者が順次見張りを担当するような場合は共同正犯であり、



はじめから実行行為を行なう資格のない者が見張りのみを引受けたような場合は従犯である」とする。

(58) 西原春夫・注5文献・三四〇～三四一頁。この例として、西原氏は、「甲乙が共同して特定人を殺害する目的で現場に赴いたが、甲の一太刀で被害者が死亡し、乙の実行行為は必要でなくなったような場合、乙も殺人の共同正犯となる。」(西原春夫・注5文献・三四一頁)をあげている。

(59) 西原春夫・注5文献・三四一頁参照。なお、西原春夫・注6文献・三四七～三四八頁、西原春夫・注9文献・三九七～三九八頁も参照。

(60) 西原春夫・注5文献・三二七頁。

(61) 西原春夫・注4文献・二九九頁参照。さらに、西原春夫・注6文献・三四三頁、西原春夫・注9文献・三九三頁参照。

(62) 西原春夫・注5文献・三二七頁。

(63) 西原春夫・注5文献・三二七～三二八頁。「このような理解は、必ずしも共謀共同正犯は認論者ばかりでなく、否認論者にも共通しているように思われる」として、西原氏は、瀧川幸辰博士の論述を引用している。西原春夫・注5文献・三二八頁参照。

(64) 西原春夫・注5文献・三二八頁参照。

(65) 西原春夫・注4文献・二九六頁、西原春夫・注5文献・三二九頁参照。さらに、西原春夫・注4文献・二九六頁、西原春夫・注6文献・三四四頁、西原春夫・注9文献・三九四頁参照。

(66) 西原春夫・注4文献・二九六頁。

(67) 西原春夫・注5文献・三二九頁。

(68) 西原春夫・注5文献・三三四頁。

(69) 西原春夫・注6文献・三二一頁、西原春夫・注9文献・三七一頁。

(70) 西原春夫・注4文献・三二八頁。

(71) 関哲夫・注1文献・一二七頁参照。

(72) 西原春夫・注4文献・二九五頁、西原春夫・注5文献・三三三頁参照。

(73) 西原春夫・注4文献・三二七頁。

- (74) 西原春夫・注5文献・三三四～三三五頁。
- (75) 下村康正・共謀共同正犯と共犯理論（一九七五年）一九頁。
- (76) 西原春夫・注5文献・三三六～三三七頁。なお、西原春夫・注6文献・三二二頁、西原春夫・注9文献・三七一頁も参照。
- (77) 西原春夫・注5文献・三三七頁。
- (78) 西原春夫・注4文献・三二五頁。
- (79) 西原春夫・注4文献・三二七頁。
- (80) 西原春夫・注5文献・三三七頁。
- (81) 西原氏自身は、「その両者のいずれの立場をとるべきかは、まさに言葉の問題に帰着する」（西原春夫・注5文献・三三一頁）と論述するが、「団体責任の原理」に立脚するか、「個人責任の原理」に立脚するかは重要な問題であるし、大きな理論的相違をもたらすもので、「言葉の問題」にすぎないとはできない。ただ、西原氏のこの記述も、「その実質に目を向けるべきで、形式的な言葉の問題に拘泥するのは意味がない」という趣旨に解するのであれば充分に理解できる。
- (82) 西原春夫・注5文献・三三六頁。
- (83) 西原春夫・注5文献・三三〇～三三一頁。
- (84) 西原春夫・注5文献・三三八頁参照。
- (85) 西原春夫・注5文献・三三七頁。西原氏は、「多くの学説が共同正犯につき単独犯の理論を適用してことごとく不徹底に終っているのは、共同正犯の共犯性を度外視して事を論ずることに由来する」（西原春夫・注4文献・三二五頁）とも論述している。
- (86) 西原春夫・注5文献・三三一頁。
- (87) 西原春夫・注4文献・三二二頁。
- (88) 西原春夫・注4文献・三一九頁。
- (89) 西原春夫・注5文献・三三七頁、三三九～三四〇頁参照。
- (90) 西原春夫・注5文献・三三八頁、三三九頁。
- (91) 西原春夫・注5文献・三三八頁参照。

(92) 西原春夫・注5文献・三三八頁参照。

(93) 西原春夫・注6文献・三四七頁、西原春夫・注4文献・三三一頁、三三三頁、西原春夫・注9文献・三九六～三九七頁参照。

(94) 西原春夫・注6文献・三四〇～三四一頁、西原春夫・注9文献・三九〇頁、西原春夫・注4文献・三三一頁参照。

(95) 練馬事件に関する最大判昭和三年五月二八日刑集一二卷八号二七一八頁、判例時報一五〇号六頁参照。西原氏は、「練馬事件判決が実質的に示唆したように、共謀共同正犯が成立するためには、『意思連絡』とか『共同犯行の認識』、あるいは直接実行者の行為に対する単なる『認識・認容』といった主観的要件の具備だけでは足らず、厳格な証明によって立証されるべき何らかの客観的態度の存在が絶対に必要だ」とも強調している。西原春夫・注10文献・五五頁参照。

(96) 西原春夫・注4文献・二八六～二八五参照（初出は、西原春夫「共同正犯における犯罪の実行」齊藤金作博士還暦祝賀・現代の共犯理論（一九六四年）一一九～一二頁）参照。

(97) 西原春夫・注4文献・二八七頁。

(98) 西原春夫・注4文献・二九一頁。

(99) 西原春夫・注4文献・二九二頁。

(100) 西原春夫・注4文献・三二四頁。

(101) 西原春夫・注4文献・二二七頁。「共同意思主体の活動としての実行行為が存在する」という論述にある「共同意思主体」は、後に指摘するように、一九七〇年代に入ると、同じ言葉であっても、共同意思主体説にいう「共同意思主体」とは異質のものとなっているように思われる。

(102) 西原春夫・注5文献・三三六～三四二頁（初出は、西原春夫「共謀共同正犯」中義勝編・論争刑法（一九七六年）二二一～二二七頁）参照。

(103) 西原春夫・注5文献・三三一頁。

(104) 西原春夫・注5文献・三三七頁。

(105) 西原春夫・注6文献・三〇五～三六七頁、特に、三三九～三四九頁参照。

(106) 西原春夫・注6文献・三三六頁、西原春夫・注9文献・三七六頁。

共謀共同正犯の「正犯性」・「共犯性」に関する一考察（二）（関 哲夫）

(107) 西原春夫・注7文献・一〇五―一四二頁。

(108) 西原春夫・注7文献・一四〇頁。

(109) 注3文献・刑法雑誌三一巻三三(一九九一年)三五三頁。

(110) この点は、西原氏自身が、論文「共同正犯における犯罪の実行」(一九六四年)を二〇〇六年に総括した論述にもよく表れている。すなわち、『修正された』個人責任の原理ならば、責任の基礎を構成要件の一部実現に限る理論的根拠は乏しく、犯罪の実現に重要な役割を演じたといえるならば、構成要件の一部実現がなくても共謀共同正犯を認めることは可能だという主張を展開した」(西原春夫・注10文献・六四頁)という論述がそれである。

(111) 注3文献・刑法雑誌三一巻三三(一九九一年)三五三頁。

(112) それは、理論的な意識によるというよりも、きわめて情緒的な意識によるもの、具体的にいえば、「早稲田刑法学の潮流の中に自らの刑法理論もある」という西原氏の情緒的な意識によるものと考えられる。

(113) 注3文献・刑法雑誌三一巻三三(一九九一年)三五六頁。

(114) 私見によれば、西原氏は、社会的行為論の立場から、「共同意思ある共同者全員」に対し、自然人の概念を超えた「法律上意味ある人的結合」としての「社会的存在」性を肯定し、その「共同意思・共同者全員の行為」は「社会的意味をもった行為」であると解したものと考えられる。換言すれば、西原氏は、自然人の行為と並んで、「共同意思の行為」にも社会的行為論の考え方を妥当させたのではないかと考えられるのである。西原氏の社会的行為論については、西原春夫・注6文献・七四頁、西原春夫・刑法総論上巻(改訂版・一九九八年)八七頁以下参照。

(115) 西原春夫・注4文献・三一七頁。

(116) 西田典之・注2文献・三三六頁参照。むしろ、共謀共同正犯の成否について、西原氏が、広義の共犯としての可罰性を確認した後に、「重要な役割」により共同正犯としての可罰性を確認する思考方法を探っている点、換言すれば、広義の共犯としての可罰性を前提にして、さらに「重要な役割」の要素によって共同正犯を狭義の共犯(教唆犯・従犯)から選別する思考方法を探っている点は、西田氏の「準実行共同正犯」の考え方ときわめて近似している。

(未完)